V.

Beiträge zum Wasserrecht.

Enthaltend

Resultate fortgesetzter Forschungen des Verfassers in der Lehre vom Eigenthum.

Von
Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

I.

Ueber die Benutzung der Bäche zum Nachtheil niedriger liegender Grundstücke.

Zwischen den fließenden Gewässern begründet ihre Größe auch in der Sphäre des Rechts einen sehr erheblichen Unterschied. Die größern oder simpliciter sogenannten Flüsse gehören zu den rebus publicis und zwar ohne Unterschied, ob sie schiffbar sind oder nicht; die Bäche hingegen befinden sich im Privateigenthum und bilden ein Accessorium der Grundstücke, die sie bewässern [1]). Bei solchen kleinen fließenden Gewässern fehlt es nicht an demjenigen, wodurch eine Sache des Eigenthums fähig wird, nämlich an der Möglichkeit, andre davon auszuschließen; sie können daher im Eigenthum der Einzelnen seyn, gleichwie die größern fließenden Gewässer im Eigenthum des ganzen Staats sind, dessen Gebiet sie durchströmen.

Da nun zwischen Flüssen und Bächen ein so erheblicher Unterschied ist, so ist es interessant, zu untersuchen, was ein

1) Ein Bach auf der Gränze zweier Grundstücken ist gemeinschaftlich; ebenso ein Gränzgraben L. 2. pr. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. Bapt. Aymus de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr. 19. Indessen wäre es doch wohl eine hiervon noch zu unterscheidende quaestio facti, ob das Gebiet, was dem Bach zum Bette dient und ihn also einschließt, dem diesseitigen Grundstück angehöre oder dem jenseitigen — oder ob es zu beiden gehöre, also der Bach wirklich in confinio sey oder nicht.

Bach eigentlich sey und wodurch er sich von einem Fluß unterscheide.

Ein Bach ist bekanntlich ein kleiner Fluß, oder, wie der römische Jurist [2]) lehrt, ein Bach unterscheidet sich von einem Fluß durch die Größe. Dieses scheint aber nicht auszureichen; denn sehr natürlich wird man fragen, wie groß muß denn ein fließendes Gewässer seyn, damit es für einen Bach — flumen privatum — oder damit es für einen Fluß — flumen publicum — gelten könne? Weder kann es bei der Frage, ob ein fließendes Wasser Bach sey oder Fluß, darauf ankommen, ob das Wasser auf öffentlichen oder auf Privatgrundstücken entspringt oder durch Grundstücke der einen oder andern Art hinfließt, noch, ob es sich unmittelbar ins Meer oder in ein andres fließendes Gewässer ergießt; denn große Flüsse giebt es, die mit ihrem Wasser den Reichthum anderer vermehren, und Bäche hingegen, die ihren kleinen Beitrag unmittelbar an das Meer abliefern [3]). Das Natürlichste scheint zu seyn, es in

2) L. 1. §. 1. D. de fluminibus.

3) Wenn aber die Frage entsteht, ob das fließende Gewässer, was wirklich ein Bach ist, nicht auch möglicher Weise res publica seyn könne, so würde eine Bach, der auf einem öffentlichen Grundstücke seinen Ursprung nimmt oder ein solches durchfließt, das Schicksal seiner Hauptsache theilen und also insoweit, als er es in seinem Lauf berührt, res publica seyn. Auch sind Bäche, die aus einem öffentlichen Fluß kommen, indem er überwachsend in benachbarte Niederungen sich ergießt, wenn man solche Wasserzüge Bäche nennen kann, als Ausflüsse und Theile desselben, res publicae. Bei öffentlichen Flüssen zieht das Eigenthum des Bodens das Eigenthum des Gewässers nicht nach sich, sondern umgekehrt muß der Boden dem Fluß weichen. L. 1. §. 7. D. de flum. — impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Aymus c. l. lib. 1. cap. 12. nr. 8. Und obwohl bei blossen Ueberschwemmungen das vom Fluß überschwemmte Land nicht res publica wird (L. 1. §. 9. D. de flum.), wird das Eigenthum des Landes durch die Ueberschwemmung doch suspendirt. Bei Privatgewässern hängt das Eigenthum an denselben vom Eigenthum des Bodens ab, über welchem sie sich, davon eingeschlossen, befinden. Aymus c. l. lib. 1. cap. 12. nr. 8. lehrt: Aqua privati juris solo cedit und beruft sich auf L. 69 D. de contrah. emt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, et circa eum lacum pedes decem: Quaero, nunquid (et) decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae juris sunt? Proculus respondit: Ego existimo, eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit; et circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius

dieser Hinsicht auf die Meinung des Volks ankommen zu lassen, wie dies auch zuerst von Ulpian geschieht; denn er lehrt:

Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium [4]).

Auf diese Meinung würde dann wohl aus dem Namen zu schließen seyn und ein Bach wäre also, was in der Gegend, wovon die Rede ist, ein Bach genannt wird.

Aber gleich darauf unterscheidet Ulpian flumina perennia, d. h. solche, die beständig, und flumina torrentia, d. h. solche, die nur zur Winterszeit fließen [5]). Er fährt darauf fort: Ein Fluß — flumen publicum — sey nach Cassius, dem Celsus beigestimmt, ein fließendes Gewässer, welches beständig fließe, und diese Meinung billigt Ulpian [6]).

Da hätten wir nun drei verschiedene Kennzeichen, Bäche von Flüssen zu unterscheiden — die Größe — die Meinung der Anwohnenden — die Beständigkeit des Laufs. In welchem Verhältniß stehen sie zu einander? Kömmt es in Collisionsfällen mehr auf die Größe oder auf die Meinung des Volks oder mehr auf den ununterbrochenen Lauf an? Ist etwa die Lehre des Cassius nur als eine allgemeine geologische Bemerkung anzusehen, die nur dann ihren Nutzen gewährt, wenn die andern Entscheidungsquellen uns verlassen und kömmt in der Sphäre des Rechts und in einzelnen Fällen zunächst und hauptsächlich die Größe und vor allen Dingen die Meinung der Anwohnenden in Betrachtung? Oder müssen alle jene Merkmale zusammentreffen, wenn die Frage entschieden werden soll, ob ein fließendes Gewässer ein Bach sey oder ein Fluß?

Alles wohl erwogen, scheint es, als wenn der zuerst von Ulpian aufgestellte Satz ihm selbst zu unsicher und schwankend erschien, und, indem er die Meinung des Cassius billigt, setzt er den vorher von ihm angegebenen Merkmalen, die auch

---

eum possidere debet, quam emit. Die Stelle beruht auf dem Grundsatz: ad non cogitata non est trahendus consensus (Westphal vom Kauf §. 31.) und beweist jenen Satz nicht, der dieses Beweises auch nicht bedarf.

4) L. 1. §. 1. D. de flum.

5) L. 1. §. 2. eod.

6) L. 1. §. 3. eod. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

nicht ohne Werth sind, ein zuverlässiges, den Anschlag gebendes, Kennzeichen an die Seite.

Ein Fluß ist also ein beständig fließendes Gewässer (was dann perpetuam causam fluendi voraussetzt [7])) — wobei es jedoch nicht in Betrachtung kömmt, wenn er aus besondern Ursachen einmal versiegt; deshalb hört er nicht auf, ein Fluß zu seyn [8]). Hingegen ist ein Bach ein kleines, oftmals unbeständiges Gewässer, was im Sommer der Gefahr des Austrocknens nicht selten unterliegt. Dieses stimmt auch mit den Ideen der Geologen und mit der Erfahrung überein. Nothwendig scheint es nicht zum Wesen des Bachs zu gehören, daß er grade jeden Sommer versiegen und nur zur Winterszeit fließen müsse, wie man, nach dem Zusammenhange der oben angeführten Stellen, auf den ersten Anblick, zu glauben geneigt seyn mögte. Wenn Cassius lehrte, ein Fluß ist Wasser, was beständig fließt, setzt er doch nicht grade hinzu, ein Bach ist Wasser, was nur im Winter fließt. Wie Flüsse deshalb nicht aufhören, Flüsse zu seyn, wenn sie im Sommer einmal versiegen, so kann man auch wohl umgekehrt von Bächen annehmen, daß sie Bäche bleiben, wenn sie in diesem oder jenem Sommer nicht austrocknen. Es kömmt hier nur darauf an, was gewöhnlich oder häufig geschieht. Wie viele Bäche müßten aus der Zahl der Bäche vertilgt und den Flüssen beigezählt werden, wenn ein auf die Winterszeit beschränktes Fließen nothwendig zum Bach gehörte [9]).

Was nun die Bäche selbst betrifft, so finde ich, daß über das Recht, sie zu benutzen, unsre Rechtsgelehrten abweichende Meinungen hegen und es ist wohl der Mühe werth zu untersuchen, welche Ansicht die richtige sey.

Ich halte dafür, dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes stehe das Recht zu, das Wasser im Bach, der über sein Grundstück fließt, nach Gefallen zu benutzen, es im Lauf aufzuhalten, die Richtung desselben zu verändern, ja es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstückes ganz zu entziehen, ohne daß er daran durch ein dem Letztern auf dies Gewässer vermeintlich zustehendes Recht gehindert würde. (Höher liegend wird das Grundstück natürlich genannt, weil die Erde dorthin, wohin ein Gewässer fließt, nothwendig sich neigen muß). Es ist daher, nach meinem Ermessen, vollkommen wahr,

---

7) Bapt. Aymus de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr. 15.

8) L. 1. §. 2. D. de flum.

9) Von einem Bach ist ein Graben leicht zu unterscheiden, als welcher der Kunst sein Daseyn verdankt. Fossa est receptaculum aquae, manu facta. L. 1. §. 5. D. ut in flum. publ.

was Mevius [10]) lehrt: wenn an einem öffentlichen Fluß zwei Mühlen liegen, so ist dem Besitzer der höher liegenden nicht verstattet, irgend etwas vorzunehmen, wodurch die Benuzung des Wassers für den Besitzer der andern Mühle verringert wird; anders ist es bei Bächen als Privatgewässern; diese darf der Besitzer der oberhalb liegenden Mühle, wie es ihm gefällt, benutzen, obgleich dadurch dem unterhalb wohnenden Mühlenbesitzer Vortheile entzogen werden, die er schon von jeher genossen. Licet superiori domino, fährt er fort, aquam retinere et in suos usus insumere vel etiam alias in fundum suum avertere, etsi inde damnum sentiat inferius molendinum, cujus domino nihil juris est in illam aquam, quam superior praeoccupavit. Ex quo propria ejus fit et arbitrii sui, quomodo aqua tanquam sua uti velit.

Eine besondere Entscheidung der gegenwärtigen Frage findet sich in den römischen Gesetzen nicht; daß aber die obige Beantwortung derselben diesen Gesetzen gemäß sey, ist leicht zu zeigen.

Zuerst liegt dies schon in einer, auch von Mevius angeführten Stelle, wornach der Eigenthümer das Wasser, was auf dem Grundstück des Nachbarn hervorquillt, auf dem Seinigen aber den Ursprung hat, durch Eröffnung der Wasseradern ihm entziehen darf [11]).

Dagegen wird eingewandt, die Stelle sey nur von Abgrabung oder Abschneidung unterirdischer Wassergänge und Adern zu verstehen, nicht aber von fließenden Gewässern. Von jenen spricht sie freilich zunächst nur; aber, ob das Wasser sich unter oder ob es sich über der Erde bewegt, was kann das für einen Unterschied machen? Eben so wenig kann dies in Betrachtung kommen, als die schnellere oder langsamere Bewegung desselben.

Auch giebt es eine Stelle des Codex, welche vom Wasser überhaupt spricht, welches der Eigenthümer auf seinem Grundstück stauen und dadurch verhindern dürfe, daß das Grundstück des Nachbarn dadurch bewässert werde, es sey denn, daß ihm oder seinem Grundstück eine entgegenstehende Servitus constituirt ist [12]). — Andre Stellen, die weder dafür, noch dagegen beweisen, übergebe ich. —

---

10) P. 4. dec. 39.

11) L. 21. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

12) L. 10. C. de serv. et aqua. Si tibi servitutem aquae ducendae deberi Praeses animadverterit, nec hac te non

Will man es aber dennoch zweifelhaft finden, ob diese Grundsätze wirklich auch von Bächen gelten, obwohl die letzte Stelle eben nur von Bächen verstanden werden kann, so wird es an andern Gründen nicht fehlen, welche diese Zweifel vollends zerstreuen.

Also zweitens. Das Wasser im Bach gehört dem Besitzer des Grundstückes, auf welchem es sich grade befindet, und er hat nicht nöthig, es auf das Grundstück des Nachbarn abfließen zu lassen, sondern kann es, wenn ich so sagen darf, auf dem Seinigen festhalten. Die Luft ist ein großes Meer und die Winde sind Strömungen in der Luft, und ebensowenig als ein Nachbar von dem andern fordern kann, daß er durch Anstalten auf seinem Gebiet den Luftzug nicht hemme [13], kann er begehren, daß er den Lauf des Wassers nicht unterbreche. Ihm steht das Eigenthum des auf seinem Grundstück befindlichen Wassers zu, und erst dann, wenn es auf dem Grundstück des Nachbarn angekommen ist, hat dieser ein Recht darauf [14]. Von einem gemeinschaftlichen Eigenthum an dem Bach kann so wenig die Rede seyn, als von einem gemeinschaftlichen Benuzzungsrecht [15].

Man hat nicht nöthig, das Eigenthum des Besitzers des höher liegenden Grundstückes an dem Wasser und das daher entspringende Benutzungsrecht, zum Nachtheil des Besitzers des tiefer liegenden Grundstückes, aus dem Recht der Occupation und Präoccupation abzuleiten; ja, wenn sein Recht keine andre Stütze hätte, müßte es aufgegeben werden, denn von Occupation und Präoccupation kann hier die Rede nicht seyn. Hier handelt es sich vom Bach, als einem Ganzen, nicht aber vom vorbeifließenden Wasser und nicht von einzelnen kleinen Theilen desselben, die durch Occupation in das Eigenthum des Schöpfen-

---

utentem spatio temporis amisisse perspexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere, dominus fundi continere aquam et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.

13) Meine Lehre vom Eigenthum §. 3. S. 16.

14) Dasselbe würde dann auch im Verhältniß des einen Staats zu dem andern anzunehmen seyn bei größern Flüssen, welche die Gebiete dieser Staaten durchströmen.

15) Dennoch legt ein solches Recht allen denjenigen bei, deren Grundstücke der Bach in seinem Lauf berührt, Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 143. Note 1.

den übergehen könnten [16]). Der Bach im Ganzen befindet sich, so weit er sein Grundstück berührt, schon im Eigenthum des Besitzers des Grundstückes, und sein Recht, darüber nach Gefallen zu verfügen, kann nicht besser gerechtfertigt werden, als durch den Ausspruch des Ulpian:

Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum [17]).

Drittens. Der Prätor gibt verschiedene Interdicte, wodurch Anmaaßungen in Ansehung der Flüsse, Behinderungen des gemeinsamen Gebrauchs, der sämmtlichen Staatsbürgern zukömmt, verhütet oder unterdrückt werden sollen [18]). Sie beschränken sich auf (öffentliche) Flüsse, sie mögen schiffbar seyn oder nicht, gehen aber nicht auf Bäche oder Privatflüsse [19]). Der Grund ist bei der Hand. Bei Privatflüssen (Bächen) hat der Eigenthümer die gewöhnlichen Mittel, Besitz und Eigenthum gegen Anmaaßungen anderer zu vertheidigen; ein andrer aber hat in Ansehung derselben überall keine Rechte und also auch keine Rechtsmittel. Hier findet kein gemeines Benutzungsrecht der Staatsbürger Statt, wie bei öffentlichen Flüssen, dessentwegen der Einzelne berechtigt wäre, Klage zu erheben.

Da also, vermöge der Gesetze, der Eigenthümer über den Bach volle Macht und Gewalt hat, und, indem er sich derselben bedient, befugt ist, dem unterhalb Wohnenden das Wasser zu entziehen, so wird es rathsam seyn, daß Niemand eine Mühle am Bach anlege, bevor derjenige, durch dessen Gebiet der Bach ihm zuströmt, ihm nicht eine Servitus constituirt hat, daß er dem Wasser seinen Lauf lassen, es ihm wenigstens nicht ganz entziehen wolle, während es ihm vorbehalten bliebe, zur dürren Jahrszeit, beim Mangel hinlänglichen Wassers zur Treibung der eigenen Mühle, es einstweilen zu stauen, was unter diesen Umständen dem Besitzer der unterhalb liegenden Mühle auch nicht nachtheilig seyn würde. Unter dieser Einschränkung dürfte dann auch ein neues Gesetz der freien Dispositionsgewalt des

---

16) Ob überhaupt, was vom vorbeifließenden Wasser gilt, auf Bäche anwendbar und nicht vielmehr auf das Flußwasser zu beschränken sey? Das Letztere. Wenigstens erklärt Theophilus aqua profluens durch ἀένναον ὕδωρ (aqua perenniter fluens).

17) L. 1. §. 4. D. de flum.

18) Dig. lib. 43. tit. 12. 13. 14.

19) L. 1. §. 4. et 12. D. de flum. L. 1. §. 2. D. Ne quid in flum. publ. fiat. L. 1. §. 1. et 2. Ut in flumine publ. navigare liceat.

Eigenthümers der oberhalb liegenden Mühle, oder vielmehr, überhaupt dem Besitzer des oberhalb gelegenen Grundstückes, zum Vortheil der Besitzer unterhalb gelegener Mühlen, nur Schranken setzen können.

Der aufgestellte Satz, „daß der Besitzer des höher liegenden Grundstücks den Bach, der durch sein Gebiet fließt, nach Gefallen benutzen könne, ohne daß dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks, welchem der Vortheil des Wassers dadurch entzogen oder beeinträchtigt wird, ein jus prohidendi zusteht," dieser Satz leidet doch dann eine Ausnahme, wenn dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks auch das niedriger liegende gehört, und er es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks nur zur Benutzung eingeräumt, z. B. ihm die Wassermühle verpachtet hat. Vermöge des Contrakts ist er schuldig, ihm den usus rei zu gewähren [20]) und darf selbst nichts vornehmen, wodurch der Conductor an der Benutzung der Sache gehindert wird [21]). Freilich darf das auch ein Dritter nicht, und dieser hat dennoch nicht nöthig, sich solcher Handlungen zu enthalten, wodurch dem Besitzer per indirectum geschadet, oder ein bisher genossener Vortheil entzogen wird. Allein dieser steht auch nicht zu jenem in einem solchen Verhältniß, daß er verbunden wäre, ihm einen ungehinderten Gebrauch der Sache zu verschaffen.

Wenn endlich die Rede davon wäre, was in dieser Sphäre Rechtens seyn könnte, so wäre es vielleicht der Analogie nicht unangemessen, daß, gleichwie das Eigenthum der größern Ströme dem ganzen Staat zusteht, so daß jeder Staatsbürger sie, jedoch nicht mit Ausschluß des andern, benutzen darf [22]), das Eigenthum der Bäche auf ähnliche Art allen denjenigen beigelegt würde, deren Grundstücke sie durchfließen, dergestalt, daß jeder Anwohnende dies Geschenk der Natur genießen, keiner den andern davon ausschließen dürfte.

---

20) L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. Locati.

21) Arg. L. 15. §. 6. D. de usufr. Einen hieher gehörigen gegen den Eigenthümer und Verpächter entschiedenen Rechtsfall findet man bei Mevius a. a. O.

22) Mev. c. l. nr. 3. In fluminibus publicis, cum proprietate sint reipublicae, usu omnium, nihil a quoquam fieri debet, ut adimatur usus aliis.

II.

Gibt es bei Bächen ein Recht der Alluvion.

Nur öffentliche Flüsse haben das Recht der Alluvion, lehrt Aymus [1]). Hingegen Bäche haben es nicht.

An der Richtigkeit dieser Lehre zweifle ich. Die Gesetze beschränken das Recht der Alluvion nicht grade auf öffentliche Flüsse; sie sagen auch nicht, daß ein solches Recht bei Bächen nicht Statt finde. Nur so viel ist richtig, daß, wenn von dem Recht der Alluvion gehandelt wird, blos von Flüssen die Rede ist. Dies ist das Einzige, was jene Stellen, die Aymus anführt, ersehen lassen; einen andern Beweis für seine Lehre führt er nicht.

Wir können wohl glauben, daß unter dem Ausdrucke Fluß, wenn er simplicirter gebraucht wird, der Römer vorzugsweise versteht, was wir darunter verstehen, ein größeres fließendes Gewässer, also einen öffentlichen Fluß; wir wollen auch annehmen, daß grade in jenen Stellen dieses Wort in diesem Sinne gebraucht worden; — dennoch beweisen sie nicht, daß nur bei Flüssen das Recht der Alluvion Statt finden sollte, vielmehr würde die Regel hier Anwendung finden: unius positio non est alterius exclusio, und dieses um so mehr, da bei Bächen gewisse Arten der Alluvion gar nicht, andre nur seltner vorkommen können.

Irre ich nicht, so muß man nämlich, will man die aufgeworfene Frage richtig beantworten, zwischen den verschiedenen Arten der Alluvion unterscheiden. Verließe ein Bach sein Bette, oder entstände eine Insel in einem solchen kleinen Gewässer — angenommen, daß dieser Fall möglich wäre — so könnte von einem Recht der Alluvion die Rede nicht seyn; das verlassene Bette oder die Insel, als ein entblößter Theil des Bettes, würden den Anwohnenden nimmermehr jure alluvionis zu Theil werden; vielmehr, da das Bette eines Bachs nicht, wie das Flußbette, res publica, sondern privati juris ist, würden die Anwohnenden an dem entblößten Bette, oder dem entblößten Theil desselben, das Eigenthum nur fortsetzen, was ihnen vorher zustand.

Dagegen bringt es die Natur der Sache schon mit sich, daß, wenn ein Bach, der sich in confinio befände, dem Grundstück des Einen Land abschwemmte und es auf der Seite des Andern wiederum ansetzte, heimlich und unmerklich, der Letztere

---

1) De jure alluvionum lib. 1. cap. 15. nr. 1. Er beruft sich deshalb auf L. 7. §. 1. 3. 5. D. de acq. rer. dom.

durch Alluvion das Eigenthum des angeschwemmten Landes erwerben müsse. (Dieser Erwerb durch fließende Gewässer scheint dermaaßen natürlich zu seyn, daß, nur der Vollständigkeit des Systems wegen, desselben ausdrücklich erwähnt werden darf.) Und eben dies würde auch bei einem losgerissenen und dem Grundstücke des Andern zugetragenen Landstücke gelten müssen, nämlich nach der Coalition, gleichwie bei Flüssen. Freilich wird Avulsion bei Flüssen wohl nur selten, noch seltener bei Bächen vorkommen; die Möglichkeit läßt sich aber wohl nicht bestreiten, zumal wenn man erwägt, daß unter dem losgerissenen Landstücke jedes zu verstehen ist, was nicht unmerklich dem Lande des Einen entzogen und mit dem Lande des Andern in Verbindung gesetzt wird. Sollte hier deshalb kein Recht der Alluvion Statt finden, weil es ein Bach war, der die Alluvion und Avulsion bewirkte und kein Fluß? Weder die Größe des fließenden Gewässers, noch die Publicität desselben, kann auf diese Erwerbart von einigem Einfluß seyn. Vielmehr ist es die Alluvion an und für sich selbst und, insonderheit beim losgerissenen Landstück, die Coalition, welche das Eigenthum verändert.

Daher erklärt sich nun, weshalb die Gesetze, wenn sie bemerken, daß bei Seen und Teichen keine Alluvion Statt finde, von den Bächen schweigen, da doch diese, jenen gleich, im Privateigenthum sich befinden, und die Gelegenheit, ihrer mit zu erwähnen, so nahe lag. Zwar der Grund, den sie anführen, indem sie von Seen und Teichen sagen: terminos suos retinent — sie verändern ihre natürlichen Gränzen nicht, wenn gleich das Wasser im See steigt, auch wohl übersteigt, bisweilen fällt [2]), geben also und nehmen kein Land — paßt auf Bäche nicht; aber ebendeshalb paßt auch der Rechtssatz selbst nicht auf sie. Und, was namentlich den aufgestellten Unterschied zwischen den verschiedenen Arten, wie jure alluvionis (in weiterer Bedeutung) erworben wird, betrifft, wird dieser noch dadurch bestätigt, daß die Gesetze nur beim verlassenen Flußbette und bei der Insel, die im Fluß entsteht, theils ausdrücklich von öffentlichen Flüssen reden, theils sich solcher Ausdrücke bedienen, daß aus dem Zusammenhange erhellet, wie sie nur solche im Sinne hatten.

---

2) L. 12. pr. D. de acq. rer. dom. L. 24. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

III.

Von der Avulsion.

Ich habe in der vorhergehenden Erörterung als ausgemacht angenommen, daß die Avulsion zu den Arten gehöre, wie man jure alluvionis Eigenthum erwirbt. Doch finde ich, daß ältere Rechtsgelehrte diese Erwerbart entweder gar nicht kennen [1]), oder sie doch nur mit gewissen Einschränkungen zulassen.

An einem andern Ort [2]) habe ich darüber im Allgemeinen die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten vorgetragen. Diese stimmt auch mit der daselbst angeführten Pandectenstelle [3]) vollkommen überein und ich halte sie auch noch jetzt für richtig.

Doch ist die Sache einigen Zweifeln unterworfen, die ich hier kürzlich vortragen und beantworten will. Man wird dann zugleich den Grund erkennen, woher jene verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten rühren.

Jene Pandectenstelle ist die einzige, worin dieser Erwerbart Erwähnung geschieht; — die Lesart dieser Stelle ist grade in den entscheidenden Worten nicht über allen Zweifel erhaben; — der Codex schweigt davon; — und Justinian in den Institutionen. —

Justinian lehrt: was heimlich und unmerklich angeschwemmt wird, erwirbt der Herr (sogleich, setzt die gewöhnliche Theorie hinzu). Dann fährt er fort: Hat ein Fluß ein größeres Landstück Deinem Lande entzogen und dem Lande Deines Nachbarn zugetragen, so ist klar, daß Du Eigenthümer desselben verbleibst.

Es ist hier ein reiner Gegensatz zwischen der unmerklichen und der nicht unmerklichen Anschwemmung. Was dem Eigenthümer unmerklich entzogen wird, verliert er; was nicht unmerklich, behält er (nämlich, nach der gewöhnlichen Theorie,

---

1) Perez ad C. tit. de alluvion. nr. 3. Ihn verführte, wie es scheint, das Schweigen von L. 1. C. h. t. über diese Art der Alluvion. Dort heißt es: Quamvis fluminis naturalem cursum opere manu facto alio non liceat avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire, prohibitum non est. Et cum fluvius priore alveo derelicto, alium sibi facit: ager, quem circumit, prioris domini manet. Quodsi paulatim ita auferat, ut alteri parti applicet; id alluvionis jure ei quaeritur, cujus fundo accrescit. Perez bemerkt über diese Stelle: Dicit paulatim, quia si vis fluminis ex fundo alterius partem detraxit, eaque juncta fuerit et coaluerit fundo meo, remanet prioris domini, nec jure alluvionis occupatur.

2) In meinem Werk vom Eigenthum §. 26.

3) L. 7. §. 2. D. de acq. rer. dom.

vor der Hand noch, so lange keine Coalition geschehen ist). Theophilus in der Paraphrasis setzt grade den Grund, weshalb der Eigenthümer des losgerissenen Landstückes, was sich am Lande des andern gesetzt hat, (vor der Hand) das Eigenthum beibehält, darin, weil dies Ansetzen nicht unmerklich geschehen. (οὐδὲ γὰρ ἀνεπαισθήτως γέγονεν, — neque enim id sine cujusquam intellectu factum est).

So weit stimmen auch die Institutionen mit den Pandecten wörtlich überein.

Aber nun heißt es weiter in den Letztern.

> Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse.

Hingegen in den Institutionen heißt es:

> ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse.

Man hat die Lesart in den Institutionen verwerflich finden und, wie in den Pandecten, videtur — acquisita esse lesen wollen [4]). Hingegen haben andre sie für richtig gehalten und das videntur — acquisitae esse auf radices bezogen [5]).

In der That, die Lesart in den J. ist — völlig richtig und das videntur — wirklich auf radices zu beziehen. Justinian lehrt wirklich nur von den Bäumen, welche in dem Lande, woran das losgerissene Landstück sich gesetzt hat, Wurzeln geschlagen, daß in Ansehung ihrer das Eigenthum verändert wird; hingegen in Ansehung des losgerissenen Landstücks selbst lehrt er dies nicht. Die Paraphrasis des Theophilus setzt dies außer allen Zweifel, worin auch blos von den Bäumen, noch ausführlicher, wie in den J. die Rede ist, von welchen gesagt wird, daß sie demjenigen anheim fallen, aus dessen Boden sie Nahrung saugen. Von dem durch Anwurzelung der Bäume oder auf andre Weise veränderten Eigenthum des losgerissenen Landstücks herrscht auch hier ein tiefes Schweigen [6]).

---

4) S. m. Lehre vom Eigenthum, §. 26. Note 3.

5) Ebendaselbst.

6) Εἰ δὲ τὸ μέρος τὸ ἐκ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἀφαιρεθὲν, δενδροφόρον ἦν, καὶ τῷ ἐμῷ προσενεχθὲν ἀγρῷ ἐπὶ πλείονα χρόνον αὐτῷ προσεπάγη, καὶ τὰ δένδρα, ἃ ἐπεφέρετο, τὰς οἰκείας ἐξέτεινε ῥίζας, ὥστε τοῦ ἐμοῦ ἅψασθαι ἀγροῦ, ἐξ ἐκείνου τοῦ χρόνου ταῦτα τῆς ἐμῆς γενήσεται δεσποτείας, ἐξ οὗ λοιπὸν ἤρξατο τρέφεσθαι ἐκ τῆς ἐμῆς γῆς, οἷον τὰς ῥίζας ἔχοντα ἐν τῇ ἐμῇ γῇ. Nach der Uebersetzung von Reitz:

Es ist daher grade nicht ohne, wenn ein Erwerb dieser Art von Perez verkannt wird; vielleicht auch von Andern, von jenem nur weiß ich es. J. H. Böhmer [7]) lehrt wenigstens, es sey hier die bloße Coalition allein nicht genug, sondern es müsse die Nachlässigkeit des Eigenthümers hinzukommen, der sich um sein losgerissenes Landstück nicht bekümmere (negligentia domini, jus suum non continuantis, sind seine eignen Worte).

Indessen hat doch die gewöhnliche Lehre die Stelle der Pand. für sich, wovon man grade nicht sagen kann, daß sie mit der Stelle der J. in Widerspruch stehe. Denn beide stellen im Grunde verschiedene Sätze auf, die mit einander vereinbarlich sind. Es könnte blos die Abweichung der Stelle der J., wovon als ausgemacht anzunehmen, daß sie nicht verfälscht sey, Zweifel in Ansehung der Aechtheit der Pandectenstelle, oder vielmehr jener Worte derselben, worauf es hier ankömmt, erregen, wiewohl doch das videtur acquisita esse der Pandectenstelle zu dem Zusammenhange am Besten paßt, wobingegen in den J. die Bäume, an welche vorher Niemand dachte, nämlich als Gegenstand der Untersuchung, gleichsam vom Himmel herabfallen, auch eine andre Stelle der Pandecten — L. 9. §. 2. D. de damno infecto — mit jener übereinstimmt [8]).

Quod si pars ex agro tuo ablata, arborifera sit, meoque agro adjecta. longiori tempore ei adhaeserit, atque arbores, quas ferebat, ita suas extenderint radices, ut meum agrum contingant, illae ex eo tempore mei fient dominii. ex quo deinde e mea terra ali coeperunt, ut quae radices habeant in mea terra.

7) ad §. 21. J. de rer. div.

8) Haloander und die Vulgata, so wie das Rehdigersche Mscpt. der II lesen auch videntur und acquisitae esse, s. die Note 42. in der Gött. Ausgabe des corp. jur. ad L. 7. §. 2. D. cit.; doch hat die im Text angeführte Lesart die Auctorität der Florentina für sich. Es ist auch nicht zu übersehen, die Bemerkung des Scholiasten: ὁ μακρὸς χρόνος ἐστιν, ὅτε δύναται ῥιζῶσαι δένδρον (ein tempus longum ist (hier) soviel, als ein Baum nöthig hat, Wurzeln zu schlagen) wobei Fabrot (in der Note u. zu diesem Titel der Paraphr. des Theophilus, in seiner Ausgabe desselben, S. 158.) die Bemerkung macht: quasi ex quo arbores radices egerunt in fundum meum, pars illa unitatem cum fundo meo fecisse intelligatur: et tam igitur pars praedii, quam arbores, quibus est consita, praedio meo acquiruntur. Dies kann nebst dem, was die Glosse zu den Worten longiore tempore bemerkt, zugleich zur Bestätigung dessen dienen, was ich in meinem Werk vom Eigenthum a. a. O. über die Art, wie die Coalition

Aber freilich ist in der Letztern blos von einer Erdrinde, crusta terrae, welche auf das Gebiet des Nachbarn gefallen, und durch Coalition die Seinige geworden, die Rede. —

Vielleicht wendet man ein: Justinian habe durch die Stelle der J. das Recht der Pand. absichtlich verbessern wollen; deshalb sey jene vorzuziehen. Das möchte vielleicht auf den ersten Anblick so scheinen — indessen als ausgemacht könnte es höchstens nur dann angenommen werden, wenn beide Stellen wirklich einander entgegengesetzte Lehren enthielten.

Ja, folgt daraus, daß das Eigenthum der Bäume, sobald sie Wurzeln geschlagen haben, verändert wird, nicht schon, daß von diesem Zeitpunkt an, wie die Pandectenstelle lehrt, auch das Land selbst dem Eigenthümer der Bäume gehören müsse? Dürfte der Eigenthümer das Landstück selbst noch als das Seinige betrachten und es wiederum abholen, so würden ja auch die Bäume nicht zurückbleiben [9]). Und ist nicht jener Rechtssatz, wornach der Eigenthümer des größern Landstückes das damit vereinigte kleinere erwirbt, der Analogie des römischen Rechts angemessen?

Alles wohl erwogen, scheint es vielmehr, hier sey der zweite mögliche Fall vorhanden, nämlich, daß die Stelle der J. auf einem Mißverständniß der Pandectenstelle beruhe [10]). Dabei, denke ich, wollen wir uns — beruhigen.

IV.

Vom Wasserzufluß, welchen Jemand dulden muß.

Wir haben in den ersten Blättern dieser dem Wasserrecht gewidmeten Abhandlung gesehen, daß ein Nachbar dem Andern Wasser vorenthalten, ja es ihm gänzlich entziehen dürfe, welches, hätte man ihm seinen natürlichen Lauf gelassen, demselben zugeströmt seyn würde. Jetzt wird von ganz andern Dingen die Rede seyn, von entgegengesetzten.

---

beim losgerissenen Landstücke bewirkt wird, abweichend von der gewöhnlichen Theorie, gesagt habe.

9) Zur Noth könnte auch das Videntur und acquisitae esse, wenn in der Pandektenstelle wirklich so gelesen werden müßte, auf Beides bezogen werden. Die Glosse macht zu dem Wort acquisita die Bemerkung: dictae arbores et terrae.

10) Welches, wenn man annimmt, daß in den Π. wirklich videntur und acquisitae zu lesen, diese Worte jedoch auf Beides zu beziehen sind, nämlich nach der Meinung des Cajus, von welchem die Pandektenstelle herrührt, um so leichter zu erklären seyn würde.

Wenn die Frage aufgeworfen würde: ob umgekehrt wohl der Nachbar verbunden sey, das Wasser auf seinem Grundstück zurückzuhalten oder es dort wegzuschaffen, damit das Grundstück des Nachbarn, z. B. sein Keller, nicht überschwemmt oder vom Wasser belästigt werde? so würde bei dieser Frage in Betrachtung zu ziehen seyn, was die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae lehren.

Der Eigenthümer eines Grundstücks muß es sich gefallen lassen, daß das Wasser von dem höher liegenden Grundstück seines Nachbarn auf sein niedriger liegendes abfließt; er kann so wenig verlangen, daß sein Nachbar den natürlichen Gang des Wassers hemme, daß er nicht einmal befugt ist, durch Anstalten auf seinem Grundstück das Wasser zu hindern, auf sein Grundstück zu kommen und darüber abzufließen. Es ist dies eine sogenannte natürliche Servitus (welche stets dem niedriger liegenden Grundstück gegen das höher belegene benachbarte obliegt, ein incommodum, wie Ulpian lehrt) was in der natürlichen Lage der beiden Grundstücke gegründet, dem einen gegen das andre durch die Natur selbst aufgelegt ist [1]. Nur Veränderungen mit dem natürlichen Lauf des Wassers, zum positiven Nachtheil des Nachbarn, vornehmen, zuschicken darf der Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes dem niedriger liegenden das Wasser nicht, eben so wenig, wie dieser es jenem zurückschicken darf, als welches ein Zuschicken involviren würde; er darf z. B. keine Anstalten treffen, wodurch das Wasser, zu einem Strom gesammelt, auf das Grundstück des Nachbarn sich ergießt; daher ist ihm nicht erlaubt das corrivare aquam [2]. Hingegen, wenn der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks nicht durch positive Thätigkeit dem Nachbarn schadet, wenn die natürliche Beschaffenheit seines Bodens es ist, welche dem Letztern durch Wasserzufluß Nachtheil zuwege bringt — cum ipsius loci natura nocet — steht, wegen eines solchen vitii soli, dem Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks kein Recht zu, von dem Eigenthümer des höhern Abstellung dieser Beschwerde verlangen zu können [3]. Bloße Unthätigkeit des Eigenthümers des höher liegenden Grundstücks kömmt nicht in Betrachtung — als nur dann, wenn positive Thätigkeit in Veränderung des natürlichen Laufs des Wassers vorhergieng, welche jetzt, vermöge dieser spätern

1) L. 1. §. 10. 13. 23. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

2) L. 1. §. 1. et 6. penult. D. eod. L. 3. pr. D. eod.

3) L. 1. §. 14. D. eod.

Unthätigkeit, dem Nachbarn, durch Wasserzufluß, Schaden verursacht [4]).

Diese Grundsätze, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, sind doch keinesweges auf selbige, also nicht auf Ackerstücke oder Flächen, die von Gebäuden leer sind — nicht auf den Fall, si ager agro noceat — zu beschränken, noch auf das Wasser, was vom Himmel fällt. Hier liegt vielmehr das allgemeine Princip zum Grunde: ein Nachbar sey nicht schuldig, den natürlichen Gang des Wassers zum Vortheil seines Nachbarn zu ändern, oder ihn vor dem Wasser zu bewahren, dieser müsse es vielmehr dulden, daß das Wasser ihm zufließe, und jener dürfe es ihm nur nicht zuschicken oder auf das Gebiet desselben hinleiten, auch unbeabsichtigt nicht. Bei Gebäuden bedient man sich nur dieser besondern Art der Klage — der actio aquae pluviae arcendae — nicht, sondern man schützt die Freiheit des Eigenthums gegen die Anmaaßungen seines Nachbarn durch die actio negatoria [5]).

Daß jene Grundsätze allgemein, auf agros und Regenwasser nicht einzuschränken sind, dafür, scheint es, könne besonders folgende Stelle aus dem Titel der Pand., worin de aqua et aquae pluviae arc. act. gehandelt wird, als Beweismittel benutzt werden.

Apud Trebatium relatum est, eum in cujus fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione; si tamen aquam conrivat, vel si spurcam quis immittat: posse eum impediri plerisque placuit [6]).

Nach dieser Stelle muß der Nachbar das Wasser, was von Natur ihm zufließt, aufnehmen; es ist dabei von keinem Regenwasser, sondern vom Quellwasser und, wie es scheint, auch nicht von leeren Flächen die Rede. Es scheint sogar, nach dieser Stelle, als könne ein Nachbar dem andern Wasser zuschikken; allein, eine nähere Betrachtung lehrt bald, daß unter dem: aquam in fundum vicini immittere, blos der natürliche

---

4) So erkläre ich mir L. 13. D. si serv. vind. Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo: et hae ruptae inundant parietem tuum: puto, posse te mecum recte agere, jus mihi non esse flumina ex meo in tuum fundum fluere.

5) L. 1. §. 17. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

6) L. 3. pr. D. h. t.

Gang des Wassers gemeint sey, was auf dem Grundstück des Walkers entsprang und auf dasjenige seines Nachbarn abfloß. Dieser Nachbar konnte es dem Walker nicht einmal wehren, an diesem Wasser eine Walkerwerkstatt anzulegen und das Wasser, getrübt von dem zum Reinigen gebrauchten Material, auf das Grundstück des Nachbarn laufen zu lassen; nur zusammenleiten oder Unrath hineinwerfen und auf solche Art den Nachbarn durch positive Handlungen in Schaden setzen, durfte er nicht.

Was kann es auch für einen Unterschied machen, ob das Wasser, was von Natur fließt, vom Himmel fällt oder aus der Erde hervorquillt, ob das Grundstück, woher das Wasser kömmt oder wohin es geht, eine leere Erdfläche oder ein Gebäude darüber befindlich ist [7]).

Besonders spricht dafür die Natur der Sache, und der Umstand, daß, abgesehen von Verträgen, die nur den Paciscenten und seinen Erben binden würden, es überhaupt keine Verbindlichkeit giebt, wodurch ein Nachbar genöthigt wäre zum Vortheil des andern positiv thätig zu seyn. Zum Unterlassen kann wohl ein Nachbar verbunden seyn gegen den andern, nämlich, er darf nichts vornehmen, wodurch er in das Eigenthum des andern eingreift — und selbst solcher Handlungen muß er sich enthalten, wozu er, vermöge seines Eigenthums, an und für sich berechtigt wäre, wenn ihm das Recht einer Servitus, die dem benachbarten Grundstücke zusteht, im Wege steht: aber selbst eine solche kann ihm im gegenwärtigen Fall die Hände nicht binden, nämlich sie kann ihn nicht verpflichten, das Wasser fortzuschaffen oder es zu hindern, daß es sich nicht auf das Grundstück des Nachbarn ergieße, da die bekannte Natur der Servituten es mit sich bringt, daß sie nicht in faciendo bestehen können.

Endlich werden auch jene Principien, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, keinesweges als solche gegeben, die dieser Klage eigenthümlich sind. Ueberhaupt beruht die actio aquae pluviae arcendae, wenn gleich bei selbiger einige singularia vorkommen, in ihren Hauptgrundsätzen doch eben nicht in jure singulari.

Wenn also auf dem Gebiet des A. auf der Fläche, worüber sein Haus steht, z. B. in seinem Keller, Wasser aus der

7) Bei Gebäuden hat freilich ein Nachbar nicht das Recht, das Wasser von seinem Dach tropfenweise oder in Rinnen gesammelt auf das Gebiet des Nachbars fallen zu lassen, aber dieses Wasser fließt dem Letztern auch nicht von Natur zu, sondern wird ihm durch die Existenz des Gebäudes oder der sonstigen Anstalt zugeschickt, oder auf sein Gebiet hingeleitet.

Erde hervorquillt oder in demjenigen seines Nachbarn A., von woher es dem Seinigen mitgetheilt wird, und das Wasser sich nach dem Keller des C. hin verbreitet; — so kann der Letztere weder von seinem nächsten, noch von seinem entferntern Nachbar begehren, daß er das Wasser von dort wegschaffe, sondern er muß dies Ungemach so gut ertragen, wie jedes andre, was in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens oder der Lage seines Grundstücks gegründet ist. Er muß sich davon zu befreien suchen, so gut er kann, nämlich es, wenn es auf seinem Gebiet angekommen ist, selbst fortschaffen — oder sich von seinem Nachbarn eine Servitus bestellen lassen, vermöge deren dieser dulden soll, daß jener auf sein Gebiet kommen oder eine Anstalt daselbst haben dürfe, um das Wasser von dort wegzuschaffen.

Eine Ausnahme würde vielleicht dann zu machen seyn, wenn sich beweisen oder ausmitteln ließe, daß durch Ausgrabung des Kellers das Wasser dorthin geleitet sey und selbiges außerdem diesen Gang nicht genommen haben würde; — was aber, da das Erdreich meistens von der Art ist, daß es Wasser durchläßt, wenigstens nicht wahrscheinlich ist. Vielmehr scheint umgekehrt wahrscheinlich zu seyn, daß durch den dadurch bewirkten leeren Raum jene Last für den Nachbar verringert worden.

VI.

Ueber die Elemente des Concurs-Processes und die Eröffnung desselben von Amtswegen.

Vom

Regierungsrathe Lotz, zu Coburg.

Unter den Lehren, worüber unsere Proceßtheorien und Proceßgesetzgebungen noch nicht ganz im Klaren sind, verdient gewiß die Lehre von der Eröffnung des Concurs-Processes nicht die letzte Stelle. Nach der gewöhnlichen Darstellung geht der Concurs-Proceß hervor, entweder 1) aus einer Erklärung des